

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La non-définition du crime contre l'humanité

Fierens, Jacques

*Published in:*

La revue nouvelle

*Publication date:*

2000

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Fierens, J 2000, 'La non-définition du crime contre l'humanité', *La revue nouvelle*, Numéro 3, p. 36-49.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# La non-définition du crime contre l'humanité

L'apparition du concept de crime contre l'humanité dans le statut du tribunal de Nuremberg n'était pas de l'ordre de la description, mais de l'ordre de l'action : juger les responsables nazis. Il faut, depuis, tenter de rendre compte de ce qui a tenté de s'exprimer sans toujours se savoir. La criminalisation de certaines exactions résulte de l'évolution du « droit de la guerre ». La référence à l'« humanité » vise une topologie particulière du dommage. Ce qui est touché, c'est l'humanité même de la victime ; qui a pour conséquence de blesser l'humanité de tous les hommes. Le crime s'accompagne d'une autostérilisation concomitante de l'humanité de son auteur par le moyen privilégié de l'idéologie. Au fond de l'horreur, le crime contre l'humanité tente de priver des hommes de leur capacité la plus fondamentale : proférer une parole qui donne sens au monde, à autrui et à sa propre vie.

PAR JACQUES FIERENS

Bande de lâches. Vous dites que les nazis étaient inhumains, que les Khmers rouges étaient inhumains, que ceux qui ont planifié et réalisé le génocide de 1994 au Rwanda étaient inhumains, comme à Srebrenica, comme au Kosovo. C'est facile, cela vous arrange bien que les responsables des pires atrocités ne soient pas reconnus comme des hommes. Le problème est justement que les nazis et les génocidaires sont humains. Vous oubliez la grande leçon de Soljénitsyne, parce qu'il n'est plus à la mode : la frontière entre le bien et le mal ne passe pas entre les hommes, mais en chacun d'eux.

Il y a en l'homme — et c'est cela qui est humain — une part poreuse, un trou dans le gruyère, une incomplétude fondamentale qui fait qu'il est capable du pire. Et si vous pensez que cela ne vous concerne pas, que dans certaines circonstances vous n'êtes pas capables de torturer, de mutiler et de violer, c'est vous qui êtes dangereux. On raconte que pendant les événements du Rwanda les enfants avaient appris à couper les talons de leurs victimes pour les empêcher de fuir.

Le plus interpellant est l'usage de la planification, de l'intelligence dans la réalisation du mal. On a assez dit que le XX<sup>e</sup> siècle a été celui des génocides. On exagère, parce qu'on oublie ce que l'histoire a eu le temps d'enjoliver, par exemple qu'un des mythes fondateurs de la civilisation occidentale (la conquérante), *L'Illiade*, est le récit du génocide des Troyens. Mais des crimes ont été commis récemment, qui n'ont même pas l'excuse de la fureur ou de la passion, comme tant d'autres. Au contraire, ils se présentent comme rationnels. Pire : légaux. Himmler déclare le 24 mai 1944 que la question juive a été résolue « conformément aux ordres et à une conviction fondée sur la raison », donc selon la loi et l'intelligence. C'est vraiment le défi suprême adressé à la pensée. Cette faculté humaine d'être intelligemment et légalement capable du pire est le problème philosophique fondamental. Cela s'appelle le mal, qui, surtout dans ses aspects extrêmes qui incluent ses aspects volontaires, est par hypothèse ce qui est dépourvu de sens. Or la philosophie est la recherche du sens. Voilà pourquoi Primo Levi, évoquant les camps d'extermination nazis, dit que « ce qui s'est passé ne peut pas être compris, et même ne doit pas être compris ». Expliquer un crime, c'est déjà gommer sa violence. N'importe quel avocat sait cela. Et en même temps, vouloir donner un sens au mal, en ce qu'il est un mal, est insupportable. Nous sommes renvoyés à une description de ce qui s'est passé, peut-être à une phénoménologie du crime contre l'humanité, certainement pas à une explication.

Le discours juridique, n'en déplaise aux plombiers et autres ouvriers du droit, est étroitement dépendant de la philosophie, qui le précède toujours. C'est qu'il est entreprise de rationalisation dans son langage et selon ses méthodes. Il est en même temps admirable. Contrairement à une autre idée trop répandue, sa capacité d'adaptation est étonnante. Malgré tous ses efforts depuis Machiavel, il revient sans cesse à l'idée de justice. Par exemple, tandis qu'il a permis vers les années quarante d'assassiner le plus légalement du monde des millions de personnes, voici qu'en 1945 il affirme qu'existent des « crimes contre l'humanité ».

C'est pour répondre à la nécessité d'une répression rapide des atrocités nazies que ce concept a été introduit pour la première fois dans le statut du Tribunal militaire international dit « de Nuremberg ». Cette apparition ne découlait pas d'une réflexion théorique. Le statut ne définit pas les crimes contre l'humanité. La liste de l'article 6, littéra c n'est pas une définition, ni même une explication<sup>1</sup>. Il faudra attendre l'arrêt du 20 décembre 1985 de la

<sup>1</sup> « L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal, ou en liaison avec ce crime. » On voit en outre que les crimes contre l'humanité ne sont réprimés que s'ils présentent un lien de connexité avec les crimes contre la paix ou les crimes de guerre. Le génocide n'est pas nommé comme tel (il le sera, juridiquement, dans la convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide), mais on a considéré dès 1945 qu'il est inclus dans les crimes contre l'humanité. .../...

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Cour de cassation française, et elle est insatisfaisante. Encore moins de définition philosophique, et nous voilà ennuyés, nous qui depuis Socrate, c'est-à-dire depuis Platon, tentons de penser par définitions.

L'apparition du concept de crime contre l'humanité n'était pas de l'ordre de la description, mais de l'ordre de l'action. Il visait à donner du sens à ce que l'on allait faire : mettre en accusation des hommes, les juger et les condamner pour ce qu'ils avaient fait et qui était si interpellant qu'il fallait des mots nouveaux. Chercher à rendre compte de son action, cela s'appelle l'éthique. Le crime contre l'humanité est d'abord une notion éthique, elle est née pour justifier un acte, celui de condamner des accusés devant le tribunal de Nuremberg.

C'est évidemment aussi une notion juridique, parce qu'en ce sens le droit dépend de l'éthique. La règle juridique, elle aussi, donne sens à l'action, l'approuve ou la désapprouve, avec ceci en plus qu'elle contraint et punit. Contrainte de faire, de ne pas faire, de réparer ou d'expier. C'est à Kant que j'emprunte cette différence entre la morale et le droit, qui deviendra classique, et qu'il a poussée vers des extrêmes où je ne le suis pas volontiers, mais qu'importe ici. Ce que je veux souligner, c'est que la loi réprimant des « crimes contre l'humanité » existait avant que ne s'exprime une pensée sur cette loi et une exploration de la notion. Les infractions étaient affirmées avant que l'on rende compte des raisons de cette dénomination. Historiquement, comme cela a d'ailleurs été souvent le cas pour les droits fondamentaux, l'affirmation visait d'abord à répondre aux nécessités d'une situation contingente, historique, politique. Elle visait l'action, celle de juger, et il faut à présent rendre compte de ce qui a tenté de s'exprimer sans toujours se savoir.

L'introduction des termes « crimes contre l'humanité » dans le statut du tribunal de Nuremberg fut proposée par les Américains lors de la conférence de Londres, le 31 juillet 1945. Le juge Jackson expliqua que l'expression lui avait été suggérée par « un éminent professeur de droit international » dans lequel on reconnaît sir Hersch Lauterpach. Parmi les sources directes de la notion, on peut aussi citer la « clause de Martens ». Féodor Martens (1845-1909) était un diplomate estonien. La clause qui porte son nom indique que dans les cas non prévus par le droit de la guerre, « les belligérants restent sous l'empire des principes du droit de gens tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». Cette clause se retrouve dans le préambule de la deuxième convention de La Haye du 29 juillet 1899, dans celui de la quatrième convention de La Haye du 18 octobre 1907, dans les conventions de Genève du 12 août 1949, dans le premier protocole additionnel à ces conventions, ainsi que dans le deuxième. Un discours prononcé par le maréchal von Bieberstein à

<sup>1</sup> .../... Cette absorption est certes défendable, mais elle n'en est pas moins, en 1945, une indistinction. À ce titre, elle a pour conséquence d'estomper la spécificité d'inhumanité du crime contre l'humanité, car il est possible de concevoir un génocide sans l'élément intentionnel dont il sera bientôt question, visant à préalablement déshumaniser les victimes. Le statut de la Cour pénale internationale reprend une définition énonciative en son article 7.

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

la séance de clôture de la quatrième convention de La Haye évoquait quant à lui « des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et de la conscience publique ». Une déclaration du 18 mai 1915 de la France, de la Grande-Bretagne et de la Russie, après le massacre des Arméniens par les Turcs en 1915, mentionnait « les nouveaux crimes contre l'humanité et la civilisation ». Le professeur Larnaude, à la séance de la commission des responsabilités du 8 mars 1919, déclarait que « les lois de l'humanité ne se séparent pas des lois qui régissent le droit des gens ».

Tout cela ne nous dit pas ce qu'est un crime contre l'humanité.

Le crime contre l'humanité est un crime, c'est-à-dire qu'il ressortit au droit pénal. C'est l'aspect le plus simple à faire apparaître. C'est ensuite un acte contre l'humanité. La recherche est plus difficile, mais on touche au cœur : qu'a-t-on voulu dire, en parlant d'humanité ou de violation de l'humanité ? Plus exactement, qu'est-ce qui, dans le droit, essaie de se dire ? Enfin pas de droit, pas de répression du crime sans contrainte, donc pas de crime sans tribunal. La notion de crime contre l'humanité, parce qu'elle est en elle-même supranationale, appelle l'existence d'un tribunal international.

## L'INCRIMINATION PROGRESSIVE DE CERTAINS ACTES

L'incrimination de certains actes de guerre est intimement liée à un vieux problème philosophique et juridique, celui de la guerre juste. Il y a peut-être des raisons de faire la guerre, souvent des raisons de ne pas la faire. C'est la question du crime d'agression, lui aussi affirmé par le statut du tribunal de Nuremberg. Mais quoi qu'il en soit, on ne fait pas la guerre n'importe comment. C'est la question du crime de guerre. On en débat depuis l'Antiquité. *Inter arma silent leges*, lorsque les armes parlent, le droit se tait. La guerre est par définition l'échec du droit, raison pour laquelle tous les philosophes du droit parlent de la guerre depuis Héraclite. Mais l'absence de droit, affirme-t-on ou plutôt espère-t-on, ne saurait être totale. Le droit dit humanitaire — tiens, tiens, comme « humanité » — est cette tentative toujours impossible, parce que contradictoire par définition, de mettre un minimum de droit là où on a renoncé au droit puisqu'on vient de dire « guerre ». Thucydide raconte les atrocités qui ont suivi le siège de Mélos par les Athéniens. Platon réagit à celles de la guerre du Péloponèse. Grotius, au XVII<sup>e</sup> siècle, distingue plus systématiquement qu'auparavant la question de la légitimité de la guerre (*ius ad bellum*) de celle des méthodes utilisées (*ius in bello*), distinction que le droit humanitaire reprendra à son compte avec le « droit de La Haye » et le « droit de Genève ».

Il y a bien là l'idée que certaines lois seraient communes à toute l'humanité, et qu'elles demeurent même dans la guerre, en tout temps. Il existe un droit commun de l'humanité, dirait Mireille Delmas-Marty, qui en parle si bien en revitalisant une intuition à peu près aussi vieille que la pensée. Le stoïcien Epictète, au premier siècle, affirme que les hommes sont citoyens du monde (« cosmopolites »). Dans le contexte antique, cela n'allait guère de soi.

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Sophocle, Thucydide, Xénophon, Isocrate, Aristote, Cicéron, Marc-Aurèle, les Pères de l'Église parlent de lois que tous les hommes respectent. C'est soit une observation de l'ordre de la constatation empirique, soit, comme de Cicéron à Kant, une exigence de la raison.

La notion s'enracine dans la même tradition que celle de *ius gentium*. Cette dernière expression ne vise-t-elle pas littéralement et originairement, plutôt que le droit international public, « le droit de tous les peuples » constituant ensemble ce qu'on appelle aujourd'hui l'humanité? Gaius commence par constater que « tous les peuples qui sont régis par la loi et par la coutume appliquent en partie un droit qui leur est propre, en partie un droit commun à tous les hommes. [...] Ce que la raison naturelle a établi entre tous les hommes est observé très également chez tous les peuples et s'appelle droit des gens, comme le droit qu'appliquent toutes les nations ».

Dire que certains comportements constituent un crime, même en temps de guerre, c'est les faire entrer dans le champ du droit pénal dont la caractéristique est de sanctionner par une peine. Toutes les violations du droit ne donnent pas lieu à l'application d'une peine. Il a fallu du temps pour que les comportements les plus odieux soient criminalisés. Les infractions, même très graves, au droit de la guerre ou au droit humanitaire ne furent pénalement réprimées que tardivement, à partir du « Code de Francis Lieber », promulgué le 24 avril 1863 par le président Lincoln. Il réprimait les violations du droit de la guerre ainsi que les crimes de droit commun. Au lendemain de la Première Guerre mondiale, le traité de Versailles du 28 juin 1919 avait prévu la mise en accusation de Guillaume II, ex-empereur d'Allemagne, devant un tribunal international « pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ». On sait que ce tribunal ne fut cependant jamais constitué, car les Pays-Bas, où Guillaume II s'était réfugié après son abdication, refusèrent de l'extrader. La convention de Genève du 27 juillet 1929 sur l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne prévoyait en son article 30 que la violation de la convention serait « réprimée le plus rapidement possible ». L'expression renvoie sans doute à une répression pénale qui n'est pas autrement précisée. Il faudra donc attendre 1945 pour que le crime de guerre soit juridiquement un crime.

Mais cette histoire du droit commun de l'humanité et ces instruments juridiques concernent le crime de guerre, qui n'est pas le crime contre l'humanité. Il faut combattre pour maintenir la différence introduite, en partie sans doute intuitivement, dans l'article 6 du statut du tribunal de Nuremberg.

Depuis celui-ci, les instruments internationaux ou nationaux qui évoquent le crime contre l'humanité comme tel sont nombreux : charte du Tribunal militaire international de Tokyo, loi n° 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne, déclaration de l'Assemblée générale des Nations unies sur l'interdiction de l'emploi des armes nucléaires et thermonucléaires, Convention des Nations unies du 30 novembre 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, statut du Tribunal pénal international

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

pour le Rwanda, Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, statut de la Cour pénale internationale, loi belge du 16 juin 1993.

Le crime contre l'humanité est devenu un crime, mais nous n'avons pas touché sa spécificité. Tous les crimes contre les lois de l'humanité ne sont pas des crimes contre l'humanité.

## LA RÉFÉRENCE À L'« HUMANITÉ »

La référence à l'« humanité » est plus problématique que la notion de crime. L'idée d'humanité comporte une épaisseur de sens qui la rend peu lisible, ou, pour parler comme les thomistes, l'extension du concept est nécessairement inverse de sa compréhension.

Dans cette épaisseur, le noyau est constitué par une topologie particulière du dommage causé par le crime, une autostérilisation concomitante de l'humanité de l'auteur du crime au moyen d'une idéologie qui a pour ambition de dénier la capacité de parole.

La topologie particulière du dommage est elle-même triple. Ce qui est touché, c'est l'humanité même de la victime; cette atteinte est entreprise à l'égard d'une collectivité; elle a pour conséquence de blesser l'humanité de tous les hommes.

On n'évoque plus le genre humain, la communauté des hommes à qui s'imposent des lois, mais la négation de la qualité des victimes. Là où le crime a brisé, a blessé, a tué, là était l'humanité d'un être, et c'est là qu'on a visé. Les platoniciens diraient l'idée de l'homme, les aristotéliciens sa cause formelle, les chrétiens son âme. La mise à mort n'était que l'aboutissement, voire la délivrance. On peut blesser et tuer sans contester à quelqu'un son appartenance à l'humanité, c'est même très courant. On peut aussi atteindre ce qui le différencie d'un animal, disons-le ainsi puisque depuis Aristote on tente de caractériser par une différence spécifique.

Terrible coïncidence avec les récits des victimes des crimes nazis. Il y avait le tatouage de chiffres, qui faisait de vous un numéro. Il y avait la réduction délibérée aux seuls instincts de peur et de conservation de soi. Primo Levi rappelle souvent que l'entreprise des camps de concentration consistait d'abord à déshumaniser, que les gardiens refusaient par exemple la distribution de cuillers pourtant disponibles, afin d'obliger les détenus à manger comme les animaux. Au Rwanda, les victimes qui en avaient les moyens payaient leurs bourreaux pour ne pas être déshumanisés avant d'être tuées, et mourir vite. Pour ne pas avoir les oreilles coupées, pour ne pas être obligées de rester plusieurs jours nues publiquement, livrées durablement aux violeurs, pour être tuées par balles plutôt qu'à coups de machette.

C'est le tort de la Cour de cassation française d'avoir oublié ce trait en assimilant un peu vite le crime commis contre une personne parce qu'on lui reproche d'être née et le crime commis contre un combattant en tant que tel. André Frossard, qui sait de quoi il parle, souligne qu'« aucun de ses compa-



## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

gnons de combat, dans leurs plus extrêmes souffrances, n'eût comparé son sort à celui de cette jeune mère qui traversait la cour de l'École de santé, son bébé dans les bras, vêtue à l'orientale avec sa robe qui lui tombait sur les talons, et ce long voile qui était déjà son linceul. [...] Le combattant clandestin savait à quoi il s'exposait. L'opposant pouvait cesser de s'opposer. Le Juif ne pouvait cesser d'être juif ». Alain Finkielkraut va dans le même sens, qui souligne d'ailleurs qu'il a fallu du temps pour admettre cette spécificité : beaucoup de gens préférant voir les combattants héroïques qui acceptaient la mort plutôt que les victimes qui n'avaient choisi ni de naître ni de mourir.

Il faut dire que la Cour de cassation française bénéficie de circonstances atténuantes. Le statut du tribunal de Nuremberg, c'est-à-dire l'acte de naissance juridique du crime contre l'humanité, la poussait à l'erreur. Il ne envisageait de réprimer cette infraction nouvelle que si elle présentait un lien de connexité avec les crimes contre la paix ou les crimes de guerre (voyez la note 1). Exactement comme si elle n'était pas possible sans guerre. La raison de cette limitation est, comme le dit Finkielkraut, le sacrifice « sur l'autel de la non-ingérence des principes que [les Alliés] venaient d'affirmer ». Pas question de prendre le risque, en 1945, de se mêler d'affaires purement intérieures de l'Allemagne, donc pas question de prétendre réprimer ce qui s'est passé avant que la guerre n'existe et ne concerne la communauté internationale, soit avant le 1<sup>er</sup> septembre 1939. Mais si le tribunal de Nuremberg était tenu par le texte, comme le jugement le montre, la Cour suprême française pouvait se dispenser d'un amalgame dans sa définition de l'infraction.

Le crime de guerre n'est pas le crime contre l'humanité. Pour commettre un crime de guerre, il faut une guerre et des combattants. Pour un crime contre l'humanité, il ne faut pas de guerre, il suffit qu'il y ait des hommes. On choisit d'être un combattant, pas d'être un homme.

Nous sommes rendus au critère de l'intention particulière, de la cible visée délibérément. Le crime contre l'humanité, c'est prendre au nom de la raison l'exact inverse de la deuxième formulation de l'impératif catégorique, que Kant donnait, en termes d'humanité, justement, pour l'exigence pure de la raison : « Agis toujours de telle sorte que tu traites l'humanité, en toi et chez les autres, toujours en même temps comme une fin et jamais simplement comme un moyen. » Le crime contre l'humanité, c'est mutiler le visage de l'homme au nom de la différence des visages.

La mise à mort, dans le crime contre l'humanité, est précédée d'un avisement systématique, délibéré, souvent durable. Au surplus, le droit lui-même est mobilisé dans cette entreprise. Le Code Noir avait légalisé l'esclavage. Hannah Arendt a vu juste en soulignant que le préalable du génocide nazi a été une entreprise progressive de complète disqualification juridique des Juifs (j'ajoute : et des Tziganes). Dès lors qu'ils étaient exclus de la communauté politique (le juridique est le langage formellement achevé du politique), mais seulement à ce moment, il était possible d'en faire strictement ce que l'on voulait. Au Rwanda, la juridisation du crime est moins nette, surtout aux yeux des Occidentaux habitués à ce que le droit prenne

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

la forme de la loi écrite, ce qui fut fait partiellement à Nuremberg par les lois du 15 septembre 1935. Et si la loi n'autorisait pas explicitement, en ces termes, la déshumanisation et l'assassinat, « quand la race est en danger d'être opprimée ou d'être éliminée, la question de la légalité ne joue plus qu'un rôle secondaire ». Entendez : « Si le Code pénal ne le dit pas explicitement, il cède devant la légalité que je lui substitue. » Hitler et les siens, parce que c'était l'Europe, parce que c'était l'Allemagne et un pays de droit écrit, devaient se donner la caution de la loi formelle. Dans l'Afrique des Grands Lacs, la loi est culturellement moins formelle, le droit est d'abord la parole du chef. Mais il était présent. Pour aboutir au génocide des Tutsis, les chefs ont parlé, du haut de la hiérarchie (le président Habyarimana) jusqu'au bas (le chef de district). C'était nécessaire pour obtenir le résultat voulu. On retrouve au Rwanda la parole du Führer, du guide, supplantant une précédente légalité par la sienne propre.

La négation de l'humanité passe par le droit. Il est dès lors inévitable que la parade cherche aussi son chemin en droit.

Un trait encore, suggéré par le pluriel inclus dans l'article 6 littéra c du statut du tribunal de Nuremberg aux mots « populations civiles » et « persécutions » : l'incrimination vise le caractère massif dans l'intention du crime. L'article 7 du statut de la Cour pénale internationale parle d'actes commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique ». Non pas qu'un quota doive être atteint en fait, mais le crime contre l'humanité vise le nombre. Tout comme on peut commettre un génocide en ne tuant en fait qu'une seule personne (parce qu'on a changé d'avis ou qu'on a été empêché de poursuivre) dès lors que l'on entend détruire un peuple en tant que tel, ou qu'on peut ne pas commettre de génocide en tuant cinq millions de personnes. Le recours au droit dans la mise en œuvre du crime contre l'humanité implique d'ailleurs de viser une généralité, puisque le droit s'exprime par catégories, donc une pluralité de situations.

La victime n'est pas seulement Untel. L'humanité de tous les autres hommes a, elle aussi, été touchée. Tout le corps a mal de la mutilation d'un organe, pour reprendre cette image de société aussi vieille que Menenius Agrippa ou Paul de Tarse. On touche encore une autre nuance : ne dit-on pas qu'agir « avec humanité », c'est agir avec sympathie, ce qui veut littéralement dire « souffrir avec » ? Nous revenons à la première intuition, celle de l'humanité comme grand ensemble homogène du point de vue de la qualité de ceux qui le composent. Il y a une solidarité entre chaque membre de la communauté, parce que ce qui est touché est le même en eux. Non seulement tous les hommes sont égaux en droit, ce qui est un acquis relativement récent de la pensée juridique, mais tous les hommes, sans être identiques, sont mêmes, ce qui est un acquis beaucoup plus ancien quoique, on l'a vu, toujours précaire.

Une autre manière, plus juridique, d'approcher cette intuition est de constater que le crime contre l'humanité va au bout de l'idée de crime, en ce que celui-ci, au sens d'infraction pénale et à l'opposé de l'infraction civile, concerne nécessairement la communauté et appelle l'intervention d'un

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

ministère public. L'élaboration du droit pénal, c'est aussi cette idée que la violation de la règle, au-delà du tort privé causé à la victime directe, lèse « l'ordre public ». Le crime contre l'humanité est celui qui est le plus public possible.

L'auteur du crime contre l'humanité a lui-même abdiqué son humanité. Kant avait attiré notre attention sur la bipolarité : « ... en toi et chez les autres... ». La pensée est ici particulièrement périlleuse, car le risque est grand de soutenir que l'auteur de ce crime se met lui-même au ban de la communauté humaine. On pourrait alors le traiter lui-même comme un animal. Je l'ai déjà dit, il est plus facile et plus rassurant de nier la ressemblance, le même entre le bourreau et moi. Je refuse cette distance d'avec mon semblable monstrueux, parce que je suis de ceux qui croient que l'humanité est irréductible, qu'en fait le nazisme n'a jamais tout à fait gagné, qu'un bourreau est un homme et que le nier serait une manière de lui donner raison, de l'encourager dans son entreprise : c'est qu'il serait possible d'atteindre la déshumanisation.

L'auteur du crime contre l'humanité a plutôt réussi à museler l'humanité dont il ne peut ni se débarrasser ni être débarrassé. Kant, partisan de la peine de mort (je ne le suivrai pas jusque-là, parce que la grande affaire du droit pénal est d'échapper à la vengeance et que je considère la peine de mort comme une vengeance légale), recommande que la manière de procéder à l'exécution soit « délivrée de tout mauvais traitement qui pourrait avilir l'humanité dans la personne du patient ». C'est une manière de dire que l'on peut ôter la vie, mais pas l'humanité que le bourreau lui-même conserve, ou encore qu'il y a bien plus grave qu'ôter la vie, ce que dit la notion même de crime contre l'humanité. Ce n'est pas un hasard si la notion d'« humanité », transposée en droit, doit beaucoup à Kant, que je cite souvent. Elle est un concept central dans la découverte de l'impératif catégorique et s'enchaîne dans sa Doctrine du droit. C'est que toute sa philosophie dépend, comme la répression du crime contre l'humanité, de cette conviction que « l'homme est la fin dernière de la création sur terre ».

Pour accomplir dans le chef de l'auteur du crime cette réduction au silence de l'humanité, il faut un anesthésique si violent que son absorption ne peut être que progressive, et il convient par ailleurs d'entretenir régulièrement ce coma artificiel. Ce poison n'est à nouveau pas une invention du XX<sup>e</sup> siècle (Machiavel en parle déjà), mais ce siècle lui a donné des moyens techniques sans précédent. Il s'appelle l'idéologie. Celle-ci est cet outil qui permet de penser par procuration, d'adhérer sans distance à un système d'affirmations et de négations préfabriqué. On dépose sa propre pensée dans celle d'un autre. C'est bien une manière de mettre en consigne son humanité. Aristote encore, et après lui plus de deux mille ans de philosophie, dit que l'homme est le *zôon logon échon*, le vivant approprié à la pensée, à un langage qui donne sens. Or, une pensée, cela se travaille. Pas de crimes nazis sans *Mein Kampf*, les spectacles politiques et la propagande. Adolf Hitler soulignait avec pertinence que le nazisme est une doctrine et non un parti. Pas de massacres au Rwanda sans Radio mille collines et Les médias du génocide, pour utiliser l'expression qui sert de titre à l'ouvrage édifiant écrit

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

sous la direction de Jean-Pierre Chrétien. Les adolescents qui, dans le Kampuchea démocratique, tuaient ceux qui portaient des lunettes ou des cheveux longs étaient sans colère et sans passion. Ils étaient, tout simplement, convaincus.

La violence, si efficace pour confisquer l'humanité de la victime, ne sert à rien lorsqu'il s'agit de museler l'humanité de l'auteur du crime. Il faut provoquer son adhésion par la persuasion, ce qui nécessite des moyens considérables et un minimum de temps. Il est alors nécessaire d'adapter la pensée, le langage, à la fin de déshumanisation poursuivie, ce qui implique à l'évidence de dénaturer aussi le concept d'humanité. Adolf Hitler écrit (je ne m'habitue pas au fait que par un caprice du hasard « Adolf » veut dire « frère », mais après tout Pol Pot se faisait appeler « Frère n° 1 ») : « Personne ne peut mettre en doute que l'existence de l'humanité ne donne lieu un jour à des luttes terribles. En fin de compte, l'instinct de conservation triomphera seul. Instinct sous lequel fond, comme neige au soleil de mars, cette prétendue humanité qui n'est que l'expression d'un mélange de stupidité, de lâcheté et de pédantisme suffisant. L'humanité grandit dans la lutte perpétuelle, la paix éternelle la conduirait au tombeau. » Ou ailleurs : « Partout où j'allais, je voyais des Juifs. Et plus j'en voyais, plus mes yeux apprenaient à les distinguer nettement des autres hommes. »

L'idéologie est forcément aussi juridique, puisque l'entreprise de déshumanisation poussée à son comble, comme on l'a vu, passe par le droit. Les lois de Nuremberg démontrent que la règle de droit peut être d'une haute toxicité et que malgré tous ses efforts depuis Machiavel, soit six siècles (oui, j'en veux à Machiavel, non pas parce qu'il a dit des vérités sur le Prince, en quoi il a eu bien raison, mais parce qu'il a fait de ces vérités un but à atteindre), la loi est toujours porteuse d'un sens sur l'humain ou sur l'inhumain. Vous n'arriverez jamais à séparer tout à fait le légal du légitime.

Quel est le mensonge de l'idéologie ? Il s'occupe du plus vieux problème philosophique, qui hantait déjà Héraclite et Parménide, celui de l'un et du multiple. Il travestit le même en différence. Alors que l'humanité de l'homme est ce qui est même dans la différence, ce qui est semblable chez l'autre, l'idéologie affirme le même comme différence radicale. Il n'y a rien de commun entre l'Aryen et le Juif. Le même de l'Aryen et le même du Juif sont des réalités cloisonnées. Tous les Aryens sont les mêmes, ils sont supérieurs ; tous les Juifs sont les mêmes, ils sont de la vermine. Mais il n'y a rien de même entre eux. L'idéologie qui permet ces crimes est diabolique au sens étymologique du terme. « Diable » signifie « diviseur ».

En quoi consiste encore cette différence qui divise, en quoi l'idéologie conteste-t-elle l'appartenance commune à l'humanité ? Aristote se demandait déjà ce qui fait l'humanité de l'homme. Du point de vue des sciences expérimentales, nous n'avons pas fait énormément de progrès à ce sujet. Pour autant que je sache, on n'a pas découvert le gène qui marque la différence entre l'animal et l'homme. La sagesse grecque disait que l'homme est celui qui a le logos, et nous n'avons jamais trouvé meilleure définition. Le logos est devenu ratio, puis raison, avec chaque fois des nuances différentes,

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

mais fondamentalement, la différence entre l'homme et l'animal est perçue de la même façon : l'homme est le vivant capable de parole signifiante. L'homme est le seul capable de dire le sens. Dès lors, c'est cette faculté qui doit être contestée pour prétendre retrancher une collectivité de l'humanité. Cela, Hannah Arendt l'a parfaitement compris. L'entreprise nazie était de contester toute parole signifiante — celle qui veut dire le sens — aux Juifs. « Être privé des droits de l'homme, c'est d'abord et avant tout être privé d'une place dans le monde qui rende les opinions signifiantes et les actions efficaces. Quelque chose de bien plus fondamental que la liberté et la justice, qui sont des droits du citoyen, est en jeu lorsque appartenir à la communauté dans laquelle on est né ne va plus de soi, et que ne pas y appartenir n'est plus une question de choix, ou lorsqu'un individu se trouve dans une situation telle qu'à moins de commettre un crime, la manière dont il est traité par autrui ne dépend plus de ce qu'il fait ou ne fait pas. Cette situation extrême, ni plus ni moins, est la situation des gens que l'on prive des droits de l'homme. Ce qu'ils perdent, ce n'est pas le droit à la liberté, mais le droit d'agir; ce n'est pas le droit de penser à leur guise, mais le droit d'avoir une opinion. » À nouveau, le témoignage des victimes va dans le même sens. Primo Levi raconte que le cauchemar qui troublait son pauvre sommeil à Auschwitz, et qui était le même que celui de ses compagnons, était de parler sans être entendu : « Voici ma sœur, quelques amis que je ne distingue pas très bien et beaucoup d'autres personnes. [...] J'évoque en détail notre faim, le contrôle des poux, le Kapo qui m'a frappé sur le nez et m'a ensuite envoyé me laver parce que je saignais. C'est une jouissance intense, physique, inexprimable que d'être chez moi, entouré de personnes amies, et d'avoir tant de choses à raconter : mais c'est peine perdue, je m'aperçois que mes auditeurs ne me suivent pas. Ma sœur me regarde, se lève et s'en va sans dire un mot. Alors une désolation totale m'envahit, comme certains désespoirs enfouis dans les souvenirs de la petite enfance : une douleur à l'état pur [...]. Je me rappelle que ce rêve n'est pas un rêve quelconque, mais que depuis mon arrivée je l'ai déjà fait je ne sais combien de fois, avec seulement quelques variantes dans le cadre et les détails. Maintenant, je suis pleinement lucide, et je me souviens de l'avoir déjà raconté à Alberto, et qu'il m'a confié, à ma grande surprise, que lui aussi fait ce rêve, et beaucoup d'autres camarades aussi, peut-être tous. Pourquoi cela ? Pourquoi la douleur de chaque jour se traduit-elle dans nos rêves de manière aussi constante par la scène toujours répétée du récit fait et jamais écouté ? » Peut-être parce que le Lager avait abouti dans son entreprise : priver l'homme de parole signifiante.

Il est toujours possible pour le bourreau de libérer à nouveau l'humanité muselée en lui, de retrouver la parole. Mais cela n'arrive pas nécessairement. L'auteur du crime contre l'humanité peut rester prisonnier de l'idéologie jusqu'à son dernier souffle. Retrouver parole humaine est pourtant la condition du pardon, lequel ne peut être donné à celui qui ne le demande pas, lequel n'est jamais dû par la victime. Demander pardon inclut nécessairement le risque de se le voir refuser. Mais le pardon est une alliance, il dépend autant du pardonné que du pardonneur. Il est aussi aléatoire quant à la demande que quant à la réponse.

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Ce qui n'est jamais dû échappe d'ailleurs radicalement au droit, qui ne concerne que « rendre à chacun son dû ». Le pardon n'est pas de l'ordre du juridique. Le droit ne peut qu'en proposer des ersatz, qui laissent en bouche un goût épouvantable lorsqu'ils concernent le crime contre l'humanité : la prescription, l'amnistie, la grâce. L'infraction, ici, par ses extrêmes, appelle l'extrême, le pardon pur, c'est-à-dire purement indu. Voilà sans doute pourquoi il est juste que le crime contre l'humanité soit imprescriptible.

## UN TRIBUNAL INTERNATIONAL

Le droit cosmopolite dépasse nécessairement l'ordre juridique national. Rien n'empêche bien sûr une juridiction étatique d'appliquer le droit international. Plus, elle y est souvent invitée par l'ordre supranational qui exige l'exercice de recours nationaux avant de se saisir d'un fait. Voyez à Strasbourg, qui n'est cependant pas une instance pénale. Mais la garantie dernière, l'instance suprême doit nécessairement naître de la même source que la norme, elle doit être supranationale. Kant, encore lui, soutiendra que la société civile est l'impératif catégorique de la politique, que l'État est la forme a priori de la raison politique. En d'autres mots, que la pure rationalité impose de vivre dans un État. Mais si la loi est fondée sur la raison, elle est nécessairement cosmopolite, universelle — nous disons aujourd'hui internationale ou supranationale — parce qu'elle concerne par hypothèse tout être raisonnable, c'est-à-dire tous les hommes. Voici une première raison qui justifie aussi bien la compétence universelle que l'internationalité du tribunal. Elles sont les corollaires de la notion même de crime contre les lois de l'humanité dont le crime contre l'humanité fait partie avec les crimes d'agression et les crimes de guerre. En d'autres termes, c'est l'humanité, comme collectivité, qui juge. Si la communauté internationale avait été plus forte et la puissance étatique plus faible en 1919, les Hollandais auraient dû livrer Guillaume II à celui que le traité de Versailles désignait comme juge naturel, un tribunal international. Alain Finkielkraut rappelle qu'aussi bien Karl Jaspers que Hannah Arendt critiquaient le fait qu'Eichmann ait été jugé par un tribunal national. Point n'est besoin donc d'être grand clerc pour s'apercevoir que la criminalisation des crimes contre l'humanité est directement liée à la prépondérance progressive du droit international sur le droit étatique. Mais qui sait, à propos de l'œuf et de la poule ? ... L'affirmation du droit international renforce l'établissement de lois planétaires, et l'affirmation de crimes internationaux contribue à renforcer les instances internationales. Voyez Nuremberg, La Haye ou Arusha, préludes à la Cour pénale internationale.

S'ajoute une raison pratique à l'internationalisation des instances de jugement : les auteurs des infractions sont souvent ceux-là mêmes qui font le droit étatique — les États ou ceux qui les dirigent en fait. Une instance extérieure et supérieure à l'État ou à ses représentants doit entrer en action, qui permettra une condamnation simplement inimaginable il y a seulement quatre-vingts ans — à peine une vie d'homme.

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Aux yeux d'Arendt, être citoyen et être humain est la même chose. L'humanité de l'homme n'existe pas séparée de sa qualité de membre d'une communauté juridique. Ce que les Grecs savaient, spécialement Aristote : l'homme est *zôon politikon*. C'était vrai encore dans un monde — celui des années 1930-1940 — au sein duquel la qualité de sujet de droit ne pouvait être conférée que par l'État. L'internationalisation actuelle de la loi est aussi une tentative de garantir cette qualité par une instance supranationale pour le jour où l'État fait ce qu'a fait l'Allemagne nazie. L'incrimination internationale a aussi pour fonction protectrice d'instaurer une citoyenneté du Monde dont parlaient déjà les Stoïciens.

En conclusion, le crime contre l'humanité est l'acte par lequel, sous le couvert de la légalité, est recherchée la déshumanisation d'une population non combattante.

Au-delà d'une affirmation de l'égalité entre les êtres humains, l'idée d'humanité affirme le même chez l'autre. La spécificité philosophique du crime contre l'humanité est sa cible, son intention particulière : la volonté délibérée et systématique d'exclure certains de ce qui fait le même chez tous, la capacité de donner du sens au monde, à autrui et à sa propre vie, de prononcer une parole, verbale ou non, qui signifie, qui porte un signe. Cette exclusion se fait au nom de ce qui n'est pas identique, elle travestit le même en différence radicale.

Les crimes contre l'humanité vont si loin dans cette entreprise qu'ils mobilisent le droit lui-même pour y parvenir.

Le crime contre l'humanité est une blessure faite à la condition humaine en soi différente de celle qui est provoquée par l'assassinat, l'extermination, la déportation, les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, et même le génocide. Du moins sous réserve de préciser l'expression trop vague de « persécutions ». Celle-ci peut avoir lieu avec ou sans crime contre l'humanité. La réduction en esclavage — à nouveau sous réserve d'une définition de l'esclavage — se rapporte davantage en elle-même au crime contre l'humanité. Le génocide est une notion limite : on ne peut vouloir la destruction d'un peuple en tant que tel sans contester au moins implicitement la qualité d'êtres humains de ceux qui le forment, et pourtant il y a encore des degrés dans cette horreur, et une durée variable. La conception du crime contre l'humanité de la Cour de cassation française dilue la notion, manquant sa spécificité et confondant crime de guerre et crime contre l'humanité.

La définition juridique de l'article 6, lettre c du statut du tribunal de Nuremberg, qui se borne à une énumération, est insatisfaisante. Elle se contente de donner, en 1945, le moyen requis pour condamner un acte inouï, et de proposer le concept à la réflexion.

Le droit est une entreprise constante de nomination. La définition des infractions en est un exemple évident. La parole juridique, par la qualification, entreprend de subsumer dans des mots multiples la perception qu'elle a de la multiplicité des comportements humains; de la multiplicité des actions

## CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

mauvaises quand il s'agit d'incriminations. Chercher la spécificité du crime contre l'humanité est nécessaire. On ne combat efficacement que ce qu'on connaît. Découvrir la différence permet seul de faire reculer une des pires menaces : le galvaudage, qui revient à nier la possibilité du mal différent que le droit veut combattre par la qualification de « crime contre l'humanité ». Il n'y a pas de crimes contre l'humanité dans les crimes de guerre en tant que tels, ni dans le massacre en tant que tel, ni dans le viol d'un enfant en tant que tel, ni dans la tolérance de l'extrême pauvreté, parce que la cible n'est pas nécessairement l'humanité. Il n'y a évidemment pas la moindre trace de crime contre l'humanité ou de génocide dans le massacre des bébés phoques.

Soutenir le contraire est déjà étouffer le refus qui se dit dans « crime contre l'humanité ».

*Jacques Fierens*

Jacques Fierens est juriste et philosophe, avocat au barreau de Bruxelles et professeur aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur ainsi qu'à l'Université de Liège. Il dirige le Centre droits fondamentaux et lien social qui travaille notamment sur l'élaboration d'une banque de données sur les crimes contre l'humanité.